

Sentencia T-975/07

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS O ARS-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS O ARS-Medicamentos o tratamientos deben estar prescritos por el médico tratante

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Aun cuando el implante coclear no fue prescrito por el médico adscrito a la EPS, de las pruebas se colige que tampoco se hubiera autorizado por estar fuera del POS

De acuerdo a la comunicación suscrita por Saludcoop EPS y de conformidad a las pruebas aportadas por la accionante, es claro que el procedimiento reclamado por esta vía no fue ordenado por un médico tratante vinculado a la empresa demandada. Aún con la autorización respectiva de un médico adscrito a esa entidad, el procedimiento no habría sido autorizado ni practicado, por no hallarse incluido en el POS, tal cual lo señala la misma EPS. Así las cosas, en cualquiera de las hipótesis posibles, Saludcoop no muestra voluntad de realizar el procedimiento o procurar alguna alternativa que científicamente pudiese conducir a que al niño no se le siga excluyendo de la posibilidad de mejorar sus condiciones actuales de vida, cuando tiene que proveérsele del medio idóneo para neutralizar su deficiencia sensorial y superar o al menos paliar la imposibilidad que sufre para comunicarse debidamente, desarrollar su personalidad y, por consiguiente, colocarse en posición igualitaria con los demás integrantes de la comunidad, hasta donde sea posible.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-EPS deberá autorizar y realizar nueva evaluación médica y si llegare a ser aconsejable procurará el implante coclear del menor

Referencia: expediente T-1630796

Acción de tutela instaurada por Ángela María de Lourdes Rincón Loaiza en representación de su menor hijo Giovanni Alexander Cruz Rincón, contra Saludcoop EPS.

Procedencia: Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Ángela María de Lourdes Rincón Loaiza en representación de su menor hijo Giovanni Alexander Cruz Rincón contra Saludcoop EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. El 3 de agosto del año en curso, la Sala N° 8 de Selección eligió este asunto para revisión.

I. ANTECEDENTES.

Ángela María de Lourdes Rincón Loaiza en representación de su menor hijo Giovanni Alexander Cruz Rincón elevó acción de tutela el 1° de febrero de 2007 ante el reparto de los Juzgados Penales Municipales de Bogotá, aduciendo la vulneración de sus derechos “a la vida en condiciones dignas, la integridad física, la salud y los derechos fundamentales de los niños”, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato de la demandante.

La accionante adujo que su hijo, de 12 años de edad, se encuentra afiliado al Sistema General de Salud en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario desde agosto 29 de 2003.

El menor ha presentado problemas de sordera desde su nacimiento, pero debido a que la entidad no prestaba la atención en salud adecuada, tan solo cuando el menor cumplió 9 años

de edad fue descubierto su padecimiento, “hipoacusia neurosensorial profunda bilateral” y una vez realizados los exámenes ordenados por el médico tratante le diagnosticaron “umbral electrofisiológico de grado profundo en frecuencias graves, medias y agudas en ambos oídos”.

Como consecuencia de lo anterior el médico tratante le ordenó “paquete de evaluación de implante coclear 21872”, pero la entidad demandada se niega a autorizarlo y suministrarlo, argumentando que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Finalizó afirmando que no cuenta con los recursos económicos para costear el procedimiento que se le debe realizar con urgencia a su hijo, ya que se desempeña como madre comunitaria y su esposo es vigilante.

B. Respuesta de la entidad demandada.

Notificada la demanda de tutela instaurada en su contra, por medio del Gerente Regional de la entidad, mediante escrito presentado el 13 de febrero de 2007 se opuso a la procedencia de la acción, argumentando que:

b) ... es un paciente de 11 años de edad con diagnóstico de hipoacusia neurosensorial bilateral profunda, manejada por la Clínica Policarpa por el Dr. John Amado, otorrinolaringólogo quien indica en consulta de enero 12 de 2007, que no es candidato a implante coclear.

c) Sin embargo, en la Historia Clínica se registra que el paciente fue llevado de forma particular a la Clínica Rivas donde le indican la viabilidad del implante coclear.

d) En vista de que el procedimiento que no se encuentra incluido en los beneficios del Plan Obligatorio de Salud POS, corresponderá a la usuaria, sufragar directamente su costo, y en caso de que no cuenten con los recursos económicos para el efecto, podrán acudir a las instituciones públicas ...

e) Además ... no existe nexo alguno entre esta entidad y el galeno que prescribió la intervención.”

C. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quinto Penal Municipal de Bogotá, al cual correspondió el reparto, mediante sentencia de febrero 14 de 2007 concedió el amparo solicitado, al estimar que:

“... dentro del expediente obra copia de la historia clínica del aquí padeciente, en el sentido que se le prescribió el implante, para el mejoramiento de su audición, estableciendo de manera clara su padecimiento.

... la evolución del prementado no es la mejor, pues así se colige de acuerdo a lo diagnosticado por el médico tratante y el habersele formulado dicho procedimiento, que indudablemente requiere a efectos de menguar y tornar menores las consecuencias de perder en su totalidad su audición.

De acuerdo a lo precedente y aunque no se desconoce la reglamentación existente respecto a que la atención a determinadas enfermedades que precisan de un tratamiento de alto costo, como es el caso de Giovanni Alexander Cruz Rincón, quien necesita de manera urgente el implante antes referido, conforme a lo determinado por el profesional de la salud, pero que no se encuentra contemplado dentro del POS.”

Por otra parte, señaló que “basta con la sola afirmación de la señora Ángela María de Lourdes Rincón, para llegar a la convicción de la escasez de recurso, que señala, por cuanto se entiende bajo la gravedad del juramento”, agregando sobre la mora aducida que “dentro del plenario no existe material probatorio que de cuenta de dicha situación”.

En consecuencia, tuteló los derechos invocados y ordenó “a Saludcoop EPS, que proceda a suministrarle a Giovanni Alexander Cruz Rincón, el paquete de evaluación de implante coclear 21872, prescrito por el médico tratante, al igual que consultas, exámenes, hospitalización, tratamiento integral, medicamentos y demás, cuando lo amerite el caso, de acuerdo a los tratamientos que se deriven”, autorizando a la EPS “para que repita contra el Fosyga, con el fin de que éste cubra el valor que demanden los servicios aludidos.”

D. Impugnación.

En escrito presentado el 21 de febrero de 2007, el Gerente de la EPS demandada, Regional Cundinamarca, impugnó la decisión del a quo, insistiendo en los argumentos expresados en la respuesta a la demanda de tutela y aduciendo además que “el requisito de vinculación del

médico con la EPS para la inaplicación de las normas de plan obligatorio es un componente estricto ... entendiéndose además que dicho nexo no puede ser otro que uno de naturaleza contractual”.

E. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia de marzo 26 de 2007, revocó la decisión recurrida, aseverando:

“En primer término debe destacarse que la situación planteada por la señora ... en su demanda, no implica propiamente una acción u omisión de la entidad demandada relacionada con la prestación del servicio de salud en el caso de su hijo, pues de las probanzas allegadas al plenario de parte de la demandante y de las explicaciones de la demandada, se colige que si bien es cierto ésta negó el servicio solicitado mediante formato cuya copia obra a folio 19, por no hallarse incluido en el POS, también lo es que este no es el único motivo que sobreviene al caso para dar curso adverso a tal pretensión, como que además concurren al caso la suspensión del servicio por mora en las cotizaciones y el hecho de que el servicio ... fue recetado por un médico no adscrito a la EPS Saludcoop, sino perteneciente a la Clínica Rivas ... debiéndose destacar que en dicha EPS ya se había determinado por el médico tratante, este si adscrito a la EPS, que el paciente no era candidato para el Implante Coclear.

De esta forma, es indiscutible que la entidad demandada no incurrió en acción u omisión generadora de violación de alguno o varios de los derechos fundamentales del menor ... no existe fundamento jurídico alguno que permita dirigir una decisión judicial por vía de tutela a obligarla a que cubra los costos de un procedimiento prescrito por un médico adscrito a un centro asistencial con el cual no tiene contrato la accionada, pues de accederse a semejante pretensión, se podría lugar a un grave desequilibrio del Sistema...”

Finalizó indicando que “si la peticionaria insiste y considera que es la obligación de la demandada cubrir el costo del procedimiento de su hijo, tratándose de un derecho de índole patrimonial, no es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tratar tal aspecto, como que el mismo debe ser ventilado al interior de la justicia ordinaria”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

La demandante acudió a la acción de tutela al considerar que Saludcoop EPS, ha vulnerado los derechos fundamentales de su menor hijo, quien padece “hipoacusia neurosensorial profunda bilateral”, debido a la negativa de la entidad a autorizar la implementación del “paquete de evaluación de implante coclear 21872” ordenada bajo prescripción médica.

Tercera. Procedencia de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

Ha reiterado esta corporación que para que prospere la acción de tutela contra alguna EPS o ARS, el servicio que se solicita debe ser prescrito por el médico tratante del peticionario, vinculado a la entidad, de manera que si el paciente decide acudir a un médico diferente, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento que le sea determinado por ese galeno particular. Así ha relacionado esta Corte los presupuestos que deben ser verificados:

ii) ese tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.;

iii) el tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento;

iv) el interesado no pueda costear directamente el tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni pueda acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni pueda pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la E.P.S.” (Sentencia T-488 de junio 29 de 2006 M. P. Jaime Araujo Rentería).

Es necesario señalar que el médico tratante es el profesional de la salud, vinculado a la respectiva EPS o ARS, escogido o destacado como general o especialista para examinar al paciente, por cuenta de la empresa respectiva; así, para que prospere el amparo

constitucional, por ejemplo frente a una negativa por estar excluido el medicamento o procedimiento del POS, se requiere, en principio, que sea ese médico tratante quien lo prescriba.

Esta hipótesis puede, sin embargo, llevar a excepcionales conclusiones diferentes, como adelante se mencionará.

Cuarta. Protección especial a los niños. Reiteración de jurisprudencia.

Además de que cualquier persona “está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño”¹, esta corporación ha realizado, en múltiples pronunciamientos, que los derechos de los niños gozan, por mandato expreso de la Constitución Política, prevalencia sobre los de los demás, por lo cual la familia, la sociedad y el Estado tienen la primordial obligación de asistirlos y protegerlos a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (art. 44 Const.).

También ha expresado la Corte que el derecho a la salud cuando se trata de menores de edad, “es en sí mismo un derecho fundamental”, principio que fue reiterado en la sentencia T-973 de noviembre 24 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, en los siguientes términos:

“Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente y la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas.

12.- En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente.

13.- En este ámbito, no obstante la autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer

obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran.

14.- Por otra parte, el alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales es parte el Estado colombiano. Dentro de éstos importa señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, cuyo artículo 11 prescribe que la niñez tiene 'derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud' y la Observación General No. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas², donde fueron definidos los elementos que comprenden el derecho a la salud, a saber: -disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad-." (No está resaltado en negrilla en el texto original).

De igual forma, en sentencia T-417 de mayo 24 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis, se señala cómo "es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda".

Así las cosas, no cabe duda que el Estado debe brindar protección a los derechos fundamentales de los niños, por disposición expresa de la Constitución Política, dada la prevalencia de sus derechos (art. 44 Const.).

Quinta. El caso concreto.

En el presente asunto, la pretensión fue atendida favorablemente en el fallo de primera instancia, al hallar vulneración de los derechos fundamentales del menor, aduciendo que "indudablemente requiere a efectos de menguar y tornar menores las consecuencias de perder en su totalidad su audición ... necesita de manera urgente el implante antes referido, conforme a lo determinado por el profesional de la salud". Por su parte, el a quem revocó la

decisión al considerar que debido a que el procedimiento fue ordenado por un médico no adscrito a la EPS, “la entidad demandada no incurrió en acción u omisión generadora de violación de alguno o varios de los derechos fundamentales del menor”.

Como acaba de ser recordado, los derechos de los menores, por mandato expreso de la Constitución Política, gozan de preeminencia sobre los de los demás, advirtiéndose adicionalmente que la vida no puede ser entendida sólo como la existencia biológica, sino que se encuentra directamente relacionada con la dignidad de la persona, pues el ser humano tiene derecho a desarrollar las facultades que le son inherentes, más cuando se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección, al tratarse de un menor de edad quien, para el caso, sufre una discapacidad sensorial, todo lo cual reafirma que familia, sociedad y Estado han de proporcionarle toda la protección especial a que tiene derecho.

Respecto a las consecuencias que se derivan de un problema de audición como el presentado por el menor Giovanni Alexander Cruz Rincón, esta corporación en sentencia T-1278 de diciembre 6 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto señaló:

“ ... la audición es uno de los cinco sentidos que posee el hombre, y su afectación o su pérdida, y su no tratamiento, puede implicar un deterioro en la salud, y en la vida digna, y también podría comprometer la vida de quien lo padece.

... ..

Cuando se presenta la pérdida de la audición, existen muchas consecuencias sociales y psicológicas. Algunas personas también experimentan consecuencias físicas como resultado de la pérdida de la audición. Las consecuencias sociales para muchas personas que sufren de pérdida de audición no tratada, pueden ser, en primer lugar, que les resulte muy difícil participar en actividades sociales, incluso dentro de la misma familia. Algunos problemas sociales incluyen: aislamiento y retraimiento; pérdida de atención: distracción y falta de concentración; ... problemas al participar en la vida social y reducción de la actividad social; problemas de comunicación...

La pérdida de audición no tratada puede tener como resultado efectos psicológicos negativos, tales como la vergüenza, la culpabilidad e ira, la pena, la tristeza o depresión, la

preocupación y frustración, la ansiedad y desconfianza, la inseguridad, baja autoestima y pérdida de confianza en sí mismo ... también puede hacer que la persona sea irritable y menos tolerante con los demás ...”

Ahora bien, de acuerdo a la comunicación suscrita por Saludcoop EPS y de conformidad a las pruebas aportadas por la accionante, es claro que el procedimiento reclamado por esta vía no fue ordenado por un médico tratante vinculado a la empresa demandada. Bajo esas condiciones no sería posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues es la propia jurisprudencia constitucional la que ha fijado como requisito indispensable para inaplicar las normas que excluyen tratamientos y medicamentos del POS, que haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.

Sin embargo, sin el propósito de inmiscuirse en el ámbito médico propio de los profesionales tratantes, en la historia clínica que obra dentro del expediente se observa que, i) el médico tratante remitió al niño a junta quirúrgica, para definir la utilidad del implante (f. 14 cd. inicial); ii) la junta médica determina que con el implante coclear no se va a desarrollar el lenguaje y tendría que asistir a rehabilitación cada año, pero aún así no lo niega (f. 15 ib.); iii) nuevamente en dictamen emitido por el médico tratante señala que no es candidato a implante coclear (f. 16 ib.); iv) finalmente la entidad niega el “paquete implante coclear”, por tratarse de “servicio NO POSC” (f. 19 ib.).

De lo anterior puede colegirse que aún con la autorización respectiva de un médico adscrito a esa entidad, el procedimiento no habría sido autorizado ni practicado, por no hallarse incluido en el POS, tal cual lo señala la misma EPS (f. 39 cd. inicial).

Así las cosas, en cualquiera de las hipótesis posibles, Saludcoop no muestra voluntad de realizar el procedimiento o procurar alguna alternativa que científicamente pudiese conducir a que al niño no se le siga excluyendo de la posibilidad de mejorar sus condiciones actuales de vida, cuando tiene que proveérsele del medio idóneo para neutralizar su deficiencia sensorial y superar o al menos paliar la imposibilidad que sufre para comunicarse debidamente, desarrollar su personalidad y, por consiguiente, colocarse en posición igualitaria con los demás integrantes de la comunidad, hasta donde sea posible.

En consecuencia, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido el 26 de marzo de 2007 por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, que había revocado el proferido el

14 de febrero de 2007 por el Quinto Penal Municipal de la misma ciudad; en su lugar, concederá la tutela solicitada por Ángela María de Lourdes Rincón Loaiza en representación de su menor hijo Giovanni Alexander Cruz Rincón, para amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y la salud, en conexidad con la vida y la integridad física del menor.

En tal virtud, se ordenará a Saludcoop EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar y a hacer realizar nueva evaluación médica especializada al niño Giovanni Alexander Cruz Rincón, procurando la efectividad del procedimiento “paquete de evaluación de implante coclear cod. 21872”. En caso de que éste sea desaconsejado, deberán indicarse las correspondientes razones científicas y cómo se puede suplir, procedimiento que procederá a implantar y aplicar de manera integral, reportando todo lo que se efectúe al Juzgado Quinto Penal Municipal de Bogotá, despacho que quedará a cargo de que lo dispuesto en esta sentencia sea apropiadamente cumplido.

De otra parte, esta acción no da lugar a pronunciamiento alguno sobre la “autorización de recobro” al Fosyga, situación que habrá de ser determinada de acuerdo a las disposiciones correspondientes y en un escenario diferente a esta acción de tutela.

III.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, que en marzo 26 de 2007 revocó el dictado el 14 de febrero del mismo año por el Juzgado 5° Penal Municipal de esta ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Ángela María de Lourdes Rincón Loaiza en representación de su menor hijo Giovanni Alexander Cruz Rincón, contra Saludcoop EPS.

En su lugar, CONCÉDESE la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y la salud, en conexidad con la vida y la integridad física del menor.

Segundo: En consecuencia, ORDÉNASE a Saludcoop EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a autorizar y a hacer realizar nueva evaluación médica especializada al niño Giovanni Alexander Cruz Rincón, procurando la implantación del “paquete de evaluación de implante coclear cod. 21872”. En caso de que éste sea desaconsejado, deberán indicarse las correspondientes razones científicas y cómo se puede suplir, procedimiento que procederá a implantar y aplicar de manera integral, reportando todo lo que se efectúe al Juzgado Quinto Penal Municipal de Bogotá, despacho que quedará a cargo de que lo dispuesto en esta sentencia sea apropiadamente cumplido.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-408 de 1995 (septiembre 12), M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.”